

University of Groningen

## Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet

Verheul, E.F.

*Published in:*  
Maandblad voor Vermogensrecht

*DOI:*  
[10.5553/MvV/157457672015013009004](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013009004)

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verheul, E. F. (2015). Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet. *Maandblad voor Vermogensrecht*, (9), 271-277.  
<https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013009004>

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet

Mr. E. F. Verheul \*

## 1 Inleiding

In het najaar van 2011 is het wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomst, goederenkrediet en geldlening in consultatie gegeven.<sup>1</sup> Doel van het wetsvoorstel is om 'gevolg te geven aan de toezegging in het verleden bij diverse gelegenheden gedaan om de overgebleven privaatrechtelijke materie van de Wet op het consumentenkrediet alsmede de materie van de koop op afbetaling en de huurkoop in titel 7A.5A van het Burgerlijk Wetboek en in de Tijdelijk wet huurkoop onroerende zaken tezamen in een aanvulling van Boek 7 BW te regelen'.<sup>2</sup> Eind 2011 sloot de internetconsultatie. Sindsdien is het betrekkelijk stil gebleven rond het wetsvoorstel. Navraag bij het ministerie maakt duidelijk dat men ernaar streeft het wetsvoorstel binnen afzienbare tijd voor advies naar de Raad van State te sturen.

In deze bijdrage wordt vanuit het perspectief van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en de lessor aandacht besteed aan een deel van het wetsvoorstel, namelijk dat deel dat betrekking heeft op de overeenkomst van goederenkrediet. In de nieuwe wettelijke regeling neemt de term goederenkrediet een centrale plaats in, waarmee de in de huidige regeling centraal staande begrippen koop op afbetaling en huurkoop worden vervangen. In paragraaf 2 wordt uiteengezet wat de gevolgen van deze definitiewijziging zijn en welke overeenkomsten vallen onder de reikwijdte van het begrip 'overeenkomst van goederenkrediet'. Vervolgens wordt toegespitst op één aspect van de voorgestelde regeling, namelijk de bepaling die beoogt te waken tegen een bevoordeling van de verkoper c.q. kredietgever bij ontbinding van de overeenkomst van goederenkrediet (art. 7:92 van het Burgerlijk Wetboek, BW) en het dwin-

gendrechtelijke karakter van de bepaling (par. 3 en 4). Tot slot wordt ingegaan op de problematiek van waardeestijging van de zaak (par. 5), in het bijzonder bij *sale and lease back* (par. 6). Betoogd wordt dat de wetgever het als dwingend recht voorgestelde art. 7:92 BW (nieuw) niet als dwingend recht dient voor te schrijven.

## 2 Kwalificatie goederenkrediet

Met het wetsvoorstel wordt titel 2B toegevoegd aan Boek 7 BW, waarin regels worden opgenomen ten aanzien van het 'goederenkrediet'. Hiermee worden onder meer de huidige regels ten aanzien van koop op afbetaling en huurkoop (art. 7A:1576 e.v. BW) en regels uit de Wet op het consumentenkrediet (Wck) die betrekking hebben op het goederenkrediet ondergebracht in Boek 7 BW. In de plaats van de onder het huidige recht centrale begrippen koop op afbetaling en huurkoop komt in titel 2B BW de term 'goederenkrediet' centraal te staan. Indien namelijk sprake is van een overeenkomst van goederenkrediet, zijn de regels uit de desbetreffende titel op een dergelijke overeenkomst in beginsel van toepassing. Art. 7:84 lid 1 BW (nieuw) definieert de overeenkomst van goederenkrediet als volgt:

'Een overeenkomst van goederenkrediet is een kredietovereenkomst, daaronder begrepen een samenstel van overeenkomsten die een commerciële eenheid vormen in de zin van artikel 57 lid 5, ter zake van het verschaffen van het genot door de kredietgever aan de kredietnemer van een roerende zaak, niet zijnde een registergoed, mits de termijn waarbinnen het krediet moet worden terugbetaald langer is dan drie maanden nadat het krediet ter beschikking is gesteld, dan wel met het verschaffen van het genot van de zaak een aanvang is gemaakt.'

Lid 2 van hetzelfde artikel bepaalt dat daaronder in ieder geval vallen de koop op afbetaling en huurkoop en voorts 'alle overeenkomsten die dezelfde strekking hebben als een overeenkomst van goederenkrediet onder welke vorm of benaming aangegaan'. De bepaling is vergelijkbaar met het huidige art. 7A:1576h lid 2 BW, waarin ook een dergelijke strekkingsbe-

\* Mr. E.F. Verheul is als promovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan mr. F.J.L. Kaptein en prof. mr. F.M.J. Verstijlen voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

1. De voorgestelde regeling en toelichting zijn te raadplegen via <www.internetconsultatie.nl/consumentenkrediet>. Het voorstel wordt ook besproken door O.N.S. Hakvoort, Het wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening; bepalingen van goederenkrediet (2013), V&O 2013, p. 47-51 en I.S.J. Houben & Y.A. Rampersad, Financial lease en de nieuwe regeling van de overeenkomst van goederenkrediet, WPNR (2014) 7010, p. 238-244.

2. Concept-MvT, p. 1.

paling is opgenomen om 'ontduikingen te voorkomen en schijnhandelingen tegen te gaan'.<sup>3</sup>

Ook bepaalde vormen van huur vallen onder de kwalificatie goederenkrediet, namelijk voor zover de huur de strekking van een overeenkomst van goederenkrediet heeft (art. 7:84 lid 3 onder c BW (nieuw)). Voor de toepassing van titel 2B BW moet derhalve een onderscheid worden gemaakt tussen 'gewone' huur enerzijds en huur die de strekking heeft van een overeenkomst van goederenkrediet anderzijds. De wetgever beoogt daarmee te verduidelijken dat *financial lease* – waarbij de financiering van het leaseobject vooropstaat en het risico wordt gedragen door de lessee – binnen de definitie van goederenkrediet kan vallen.<sup>4</sup> Het is de vraag of daarvoor de opname van de term 'huur met de strekking van goederenkrediet' noodzakelijk is. De strekkingsbepaling van lid 2 lijkt voldoende duidelijk te maken dat dergelijke transacties onderworpen zijn aan titel 2B BW.<sup>5</sup> In ieder geval stelt de wetgever in de (concept)memorie van toelichting buiten twijfel dat 'zowel de huurovereenkomst die een verplichting inhoudt tot aankoop aan het eind van de overeenkomst als de huurovereenkomst die een bevoegdheid tot aankoop tegen een symbolisch bedrag bevat ("urgerende koopoptie") onder de omschrijving van artikel 84 valt'.<sup>6</sup>

Ook het 'gewone' eigendomsvoorbehoud (waarbij geen sprake is van huurkoop) lijkt onder omstandigheden te kwalificeren als een overeenkomst van goederenkrediet. Dat is een verandering ten opzichte van het huidige recht. Thans zijn op een overdracht onder eigendomsvoorbehoud de regels van huurkoop slechts van toepassing indien sprake is van een koop op afbetaling, aangezien huurkoop een species is van koop op afbetaling (art. 7A:1576h jo. art. 7A:1576 BW). Van koop op afbetaling is sprake indien partijen overeenkomen dat de koopprijs in termijnen wordt betaald. Onder het huidige recht valt een regulier eigendomsvoorbehoud om die reden niet onder de bepalingen voor huurkoop en koop op afbetaling, aangezien normaliter van een afspraak dat de koopprijs in termijnen wordt betaald geen sprake is. Art. 7:84 lid 1 BW (nieuw) vereist voor de kwalificatie als overeenkomst van goederenkrediet evenwel niet dat sprake is van een betaling in termijnen. Art. 7:86 lid 3 BW (nieuw) bepaalt weliswaar dat de overeenkomst van goederenkrediet een 'plan van regelmatige afbetaling' dient te bevatten, maar dit is, gelet op de definitiebepaling, geen vereiste voor het aannemen van een overeenkomst van goederenkrediet. Gevolg hiervan is dat een koopovereenkomst met een gewoon eigendomsvoorbehoud onderworpen zal worden aan de regels voor goederenkrediet, indien

de termijn waarbinnen de koper de verschuldigde prestatie moet voldoen langer is dan drie maanden nadat met het verschaffen van het genot van de zaak een aanvang is gemaakt. De termijn van drie maanden wordt door de wetgever overgenomen uit de Wck en vindt zijn grondslag in het feit dat de wetgever wil voorkomen dat uitstel van betaling door de detailhandel of zelfstandige beroepsbeoefenaars wordt bemoeilijkt doordat de regels van goederenkrediet dan van toepassing zijn.<sup>7</sup>

### 3 Dwingend recht

De kwalificatie als overeenkomst van goederenkrediet heeft geen verstrekken gevolgen te hebben. Alleen als de kredietgever handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf en de kredietnemer een natuurlijke persoon is die handelt voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten vallen (een consument), kan niet ten nadele van de kredietnemer van de bepalingen worden afgeweken (art. 7:97 BW (nieuw)). Bij transacties tussen professionele partijen is, behoudens een belangrijke hierna te bespreken uitzondering, de regeling dus slechts van regelen recht. Dat is een belangrijke wijziging ten opzichte van de huidige regeling van koop op afbetaling en huurkoop, die volledig van dwingend recht is. Dit dwingendrechtelijk karakter moet worden gezien tegen de achtergrond van de tijd waarin de regeling tot stand is gekomen. Zij werd in het midden van de jaren dertig van de vorige eeuw ingevoerd als reactie op woekerpraktijken en misbruiken, die mogelijk waren door 'de vrije hanteering van het gemeene recht'. Daarmee wenste de wetgever de partijautonomie op dit punt te beknotten teneinde het evenwicht te bewaren tussen partijen van ongelijke economische kracht.<sup>8</sup> De regels van dwingend recht beogen daarmee de kredietnemer als zwakkere partij te beschermen. Deze bepalingen hebben op dit moment echter ook een dwingendrechtelijk karakter tussen meer gelijkwaardige, professionele partijen. In de literatuur is kritiek geuit op het feit dat deze regels ook in professionele verhoudingen dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven, aangezien de bescherming van de professionele huurkoper of lessee niet nodig is. Bovendien zou het partijen niet in staat stellen hun rechtsverhouding vorm te geven op de manier zoals ze willen.<sup>9</sup> Thans komt de wetgever aan deze kritiek tegemoet door de bepalingen slechts ten aanzien van consumenten tot dwingend recht te verklaren, waarmee de bescherming van de zwakke partij is gewaarborgd. Volgens de wetgever sluit dit bovendien aan bij de behoefte om bestaande regels te verminderen en te versoepelen, waarbij vooral is gestreefd naar de vermindering van dwingend recht, indien het gaat om professionele partijen.<sup>10</sup> De enige uitzondering hierop is art. 7:92 BW (nieuw), dat volgens art. 7:98 BW (nieuw) in alle verhoudingen een

3. Kamerstukken II 1933/34, 431, 3, p. 8. Zie voor recente ruime toepassingen van de strekkingsbepaling HR 23 december 2011, NJ 2014/22 m.nt. Jac. Hijma en HR 13 juli 2012, NJ 2014/23 m.nt. Jac. Hijma.

4. Concept-MvT, p. 19. Bij *operational lease* daarentegen is geen sprake van financiering maar van huur, waarbij het economisch risico van het leaseobject wordt gedragen door de lessor. Zie J.J. van Hees, Leasing (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 11-21 en Asser/Houben 7-X 2015/40.

5. Vgl. ook Houben & Rampsad 2014, p. 239-240.

6. Concept-MvT, p. 19.

7. Concept-MvT, p. 15. Zie ook N.J.H. Huls, Wet op het consumentenkrediet, Deventer: Kluwer 1993, p. 35.

8. Kamerstukken II 1933/34, 431, 3, p. 6-7.

9. Zie bijv. Van Hees 1997, p. 33-38. Vgl. ook Houben & Rampsad 2014, p. 241.

10. Aldus p. 1 van de concept-MvT.

dwingendrechtelijk karakter heeft. Op deze bepaling wordt in het navolgende nader ingegaan.

#### 4 De verplichting tot volledige verrekening van art. 7:92 BW (nieuw)

Art. 7:92 lid 1 BW (nieuw) verplicht tot volledige verrekening indien de verkoper door ontbinding in een betere vermogens-toestand zou geraken:

‘Indien een der partijen bij ontbinding van de kredietovereenkomst wegens een tekortkoming van de kredietnemer in de nakoming van zijn verbintenissen in een betere vermogenstoestand zou geraken dan bij het in stand blijven van de kredietovereenkomst, vindt volledige verrekening plaats.’

Het is opmerkelijk dat de wetgever de verplichting tot volledige verrekening ook in professionele verhoudingen dwingend voorschrijft.<sup>11</sup> Ik zie niet in waarom professionele partijen niet de mogelijkheid wordt geboden om contractueel van de desbetreffende regeling af te wijken. De wetgever voert in de toelichting aan dat een afwijking van art. 7:92 BW (nieuw) ook tussen ondernemingen tot moeilijk aanvaardbare resultaten zou kunnen leiden. Daarnaast wordt verwezen naar internationale regelingen met betrekking tot leasing, die vergelijkbare regels bevatten.<sup>12</sup>

Met de moeilijk aanvaardbare resultaten wordt ongetwijfeld gedoeld op de oorsprong van de bepaling. Het artikel vervangt het vrijwel gelijkluidende art. 7A:1576t BW, dat eveneens is ingevoerd ter bescherming van de zwakkere partij. Sinds het eind van de negentiende eeuw waren koop op afbetaling en huurkoop in grote opkomst. De verkopers wensten hun positie zo veel mogelijk te versterken om zich in te dekken tegen het risico van niet-betaling door de koper.<sup>13</sup> Een van de meest voorkomende bedingen waarmee de verkoper zijn positie versterkte, was het zogenoemde vervalbeding. Dit beding bracht mee dat de verkoper in geval van ontbinding niet alleen de verkochte zaak kon revindiceren, maar bovendien de reeds

aanbetaalde termijnen mocht behouden.<sup>14</sup> Het spreekt voor zich dat een dergelijk beding nadelige gevolgen had voor de koper en geregeld een bevoordeling van de verkoper tot gevolg had, vooral in gevallen waarin reeds een groot deel van de verschuldigde termijnen was voldaan en de teruggenomen zaak nog een substantiële waarde had. Voor de Duitse wetgever was dit aanleiding om het vervalbeding in § 1 van het Abzahlungs-gesetz van 1894 nietig te verklaren. In Nederland werd voor inwerkingtreding van de wettelijke regeling meermaals geprocedeerd over de geldigheid van dit vervalbeding. In 1926 liet de Hoge Raad een arrest van Hof's-Gravenhage in stand waarin een dergelijk beding niet in strijd met openbare orde of goede zeden werd geacht.<sup>15</sup> In zijn noot onder dit arrest stemt Scholten hiermee in omdat de ‘onevenredigheid der praestaties (...) niet in het algemeen aanwezig [is], zij bestaat alleen (...) indien de koper niet nakomt’.<sup>16</sup> In 1931 oordeelde de Hoge Raad dat een beroep op een dergelijk beding ook niet in strijd kwam met de goede trouw in de zin van art. 1374 lid 3 BW (oud).<sup>17</sup> In dat geval was een piano in huurkoop verkocht voor f 536 en bleef de huurkoper in gebreke met de betaling van de verschuldigde termijnen. Op dat moment was al f 340 betaald, terwijl vaststond dat de piano nog f 300 waard was. Meijers vraagt zich in zijn noot af of de omstandigheden niet bijzonder genoeg waren om de uitvoering van het overeengekomene in dit geval te weigeren en geeft daarop als antwoord dat de motivering van de Hoge Raad veeleer de indruk wekt, ‘dat ook al ware de piano op f 1 na afbetaald, de Hoge Raad een veroordeling tot het overeengekomene zou gehandhaafd hebben’.<sup>18</sup> Volgens Meijers was dit arrest aanleiding voor de wetgever om art. 1576t BW (oud) op te nemen in de wet.<sup>19</sup> Anders dan in Duitsland werd niet geregeld dat het vervalbeding nietig is, aangezien de wetgever het vervalbeding niet onredelijk achtte indien slechts weinig termijnen zijn betaald en de zaak in waarde is gedaald.<sup>20</sup> Om de negatieve gevolgen van het vervalbeding te beperken werd een bepaling opgenomen die verplicht tot volledige verrekening, indien de ontbinding tot gevolg heeft dat de verkoper in een betere positie zou komen te verkeren dan het geval zou zijn bij instandhouding van de overeenkomst. In het geval van de piano zou dat tot gevolg hebben dat de verkoper het overschot van f 104 had moeten afdragen aan de koper.

Voor het huidige recht bestaat in de literatuur onenigheid over de vraag of art. 7A:1576t BW ook, al dan niet analogisch, moet worden toegepast op het eigendomsvoorbehoud, indien geen sprake is van huurkoop en de desbetreffende overeenkomst dus niet valt onder de reikwijdte van de regels over koop op afbetaling en huurkoop. Door een meerderheid van

11. Houben & Rampersad 2014, p. 241 schrijven enigszins cryptisch dat professionele partijen de strekkingsbepaling van art. 7:84 lid 2 BW buitenspel kunnen zetten, waardoor de desbetreffende overeenkomst (in het geheel) niet onder de wettelijke regeling inzake goederenkrediet zou vallen. Dat lijkt me te absoluut gesteld. In de visie van de wetgever kunnen professionele partijen weliswaar afwijken van de regeling, maar haar niet geheel buitenspel zetten, omdat immers art. 7:92 BW in alle verhoudingen dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Voor zover een overeenkomst derhalve de strekking van een overeenkomst van goederenkrediet heeft, zal art. 7:92 BW altijd van toepassing zijn. Daarvan wordt ook uitgegaan in Asser/Houben 7-X 2015/75, in fine.
12. Concept-MvT, p. 28. Verwezen wordt naar de UNIDROIT Model Law on Leasing en de UNIDROIT Convention on International Financial Lease. Die verwijzing is niet helemaal op haar plaats omdat deze regelingen partijen juist wel de ruimte geven om boetebedingen overeen te komen, zij het dat deze in voorkomende gevallen kunnen worden gematigd. Zie art. 22 resp. 13 van de desbetreffende regelingen.
13. Zie o.m. L.D. Frank, *De overeenkomst van huurkoop* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1929, p. 12 e.v., N. Huls, *Consumentenkrediet* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981, p. 11-17 en C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 9-12.

14. Chr. Zevenbergen, *Het afbetalingscontract*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 109. Zie ook Jansen 1999, p. 10.
15. HR 21 januari 1926, NJ 1926, p. 445 m.nt. P. Scholten.
16. HR 21 januari 1926, NJ 1926, p. 445 m.nt. P. Scholten (p. 448).
17. HR 26 maart 1931, NJ 1931, p. 669 m.nt. E.M. Meijers.
18. HR 26 maart 1931, NJ 1931, p. 669 m.nt. E.M. Meijers (p. 673).
19. E.M. Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, in: VPO III, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 282.
20. Kamerstukken II 1933/34, 431, 3, p. 12.

auteurs wordt die vraag zonder al te veel onderbouwing bevestigend beantwoord.<sup>21</sup> Zo merkt Brahn op dat een andersluidende afspraak, waarbij de verplichting om reeds betaalde termijnen te restitueren wordt uitgesloten, nietig is wegens strijd met de goede zeden en openbare orde, omdat de voorbehouden eigendom geen gewone eigendom is, 'maar een eigendomsvorm die slechts een beperkte omvang heeft'.<sup>22</sup> Mezas wijst er daarentegen op dat, zoals hierboven duidelijk werd, de huurkoopregeling tot doel heeft om het contractuele evenwicht te bewaren tussen ongelijke partijen en dat daarvan bij een gewoon eigendomsvoorbehoud niet altijd sprake is en er dus minder reden is om de huurkoopregel dwingend toe te passen.<sup>23</sup> Ik sluit me daarbij aan. In professionele verhoudingen is er geen noodzaak voor een dergelijke dwingende regel en bestaat er naar mijn mening geen bezwaar tegen een afspraak tussen partijen die inhoudt dat het reeds betaalde in geval van wanprestatie aan de verkoper zal toekomen. Een dergelijke afspraak is te begrijpen als een boetebeding en heeft een tweeledige functie: ten eerste wordt de schadevergoeding gefixeerd op de reeds aanbetaalde termijnen en ten tweede vormt het een prikkel tot nakoming.<sup>24</sup> In voorkomende gevallen kan de boete worden gematigd op de voet van art. 6:94 BW.<sup>25</sup>

Maar ook als partijen niets overeenkomen met betrekking tot de reeds betaalde termijnen in geval van ontbinding bestaat geen noodzaak om volledige verrekening voor te schrijven. Uit het 'gewone' verbintenissenrecht vloeit bij gebreke van een partijafpraak namelijk reeds hetzelfde voort. Indien de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud uitoefent, heeft dit in beginsel tot gevolg dat de koopovereenkomst wordt ontbonden.<sup>26</sup> De ongedaanmakingsverbintenissen die als gevolg van de ontbinding ontstaan (art. 6:271 BW), zorgen ervoor dat de koper gehouden is de zaak terug te geven, terwijl de verkoper het reeds aanbetaalde dient te restitueren. Is een tekortkoming van de koper oorzaak voor de ontbinding, dan heeft de verkoper recht op schadevergoeding, die tevens het positieve contractsbelang omvat (art. 6:277 BW). De verkoper kan zijn restitutieverbintenis verrekenen met zijn schadevergoedingsvordering. Voor de bepaling van de hoogte van een schadevergoe-

ding moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de verkoper zou verkeren bij nakoming van de overeenkomst en de situatie waarin hij verkeert na ongedaanmaking.<sup>27</sup> Het plafond voor de schadevergoeding is derhalve de hypothetische vermogenspositie van de verkoper in geval van nakoming. Dat heeft tot gevolg dat de verkoper door ontbinding niet in een betere vermogenstoestand terecht zal kunnen komen, met uitzondering van het hierna te bespreken geval dat de zaak in de tussentijd in waarde is gestegen. Doordat hij slechts de aanbetaalde termijnen door verrekening kan behouden ten belope van de schadevergoedingsvordering ex art. 6:277 BW, wordt voorkomen dat de verkoper in een betere vermogenstoestand zou geraken. Toepassing van de gewone ontbindingsregels leidt dus tot dezelfde resultaten als toepassing van art. 7A:1576t BW. Indien partijen niets afspreken, leidt dat tot redelijke resultaten, maar ik zie niet in waarom professionele partijen daarvan niet zouden mogen afwijken.<sup>28</sup>

Als gevolg van de introductie van de term goederenkrediet zal de verplichting tot volledige verrekening na introductie van de nieuwe wet ook van toepassing zijn op het eigendomsvoorbehoud, indien de betalingstermijn meer dan drie maanden bedraagt. Daarvoor bestaan geen goede gronden. Het staat bovendien op gespannen voet met de ambitie die in de memorie van toelichting wordt uitgesproken om de hoeveelheid dwingend recht te verminderen indien de kredietnemer geen consument is. Voor de bescherming van de zwakke partij, welke gedachte nadrukkelijk ten grondslag ligt aan de oude regeling, bestaat in professionele verhoudingen geen noodzaak. Consequente doorvoering van die ambitie moet tot gevolg hebben dat tussen professionele partijen de partijautonomie geldt, die wordt begrensd door algemene regels als de matigingsbevoegdheid, de mogelijkheid dat een dergelijk beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is en de redelijkheid en billijkheid.

## 5 Waardestijging

Men kan zich afvragen of een bepaling als art. 7A:1576t BW en art. 7:92 BW (nieuw) niettemin een goede dienst kan bewijzen indien de verkochte of gelease te zaak in de tussentijd in waarde is gestegen. Daarbij verdient opmerking dat de wetgever aan de problematiek van waardestijging bij art. 7A:1576t BW noch art. 7:92 BW (nieuw) aandacht heeft besteed. De strekking van zowel art. 7A:1576t BW als ook het voorgestelde art. 7:92 BW (nieuw) is uitsluitend dat gewaakt wordt tegen onredelijke bevoordeling van de verkoper, doordat hij niet alleen de zaak terugneemt, maar ook alle bestaande termij-

21. H.C.F. Schoordijk, De eigendomsvoorbehoudclausule en het gewijzigd ontwerp van wet (Boek 3 Nieuw B.W.), WPNR (1971) 5149, p. 470, R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 68-69 en E.W.J.H. de Liagre Böhl, Sanering en faillissement, Deventer: Kluwer 1991, p. 167.
22. O.K. Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 135.
23. B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 15. Daarbij lijkt te worden aangesloten door Van Mierlo: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\* 2010/540. Vgl. ook ten aanzien van leasing Van Hees 1997, p. 186-187.
24. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/414. Niet uitgesloten is evenwel dat partijen overeenkomen dat de schuldenaar naast de bedongen boete ook volledige schade dient te vergoeden. Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 322 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/423. Vgl. ook HR 25 februari 1994, NJ 1994/378, r.o. 3.4.
25. Vgl. T.H.D. Struycken, Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Soglease-arrest, WPNR (1996) 6237, p. 658.
26. Vriesendorp 1985, p. 67-68, Mezas 1985, p. 13-14, Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\* 2012/540 en W.H.M. Reehuis, Eigendomsvoorbehoud (Mon. BW B6c), Deventer: Kluwer 2013, nr. 85.

27. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 1036.

28. Zo ook S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, De leasener in financiële moeilijkheden, in: J.J. van Hees, R.M. Hermans & S.C.J.J. Kortmann, Vermogensrechtelijke aspecten van leasing, Lelystad: Vermande 1997, p. 93-96, die wel een verplichting tot voordeelafdracht aannemen, maar partijen de mogelijkheid geven om daarvan af te wijken. In de concept-MvT wordt nota bene, zij het in iets ander verband, naar de desbetreffende passage verwezen!



nen mag behouden.<sup>29</sup> De bepalingen regelen de gevolgen van een vervalclausule en niet de gevolgen van een waardeestijging van de zaak.<sup>30</sup> Strikte toepassing van de tekst van art. 7:92 BW (nieuw) lijkt daarentegen tot gevolg te hebben dat een vermogensvoordeel als gevolg van waardeestijging dient te worden afgedragen aan de koper c.q. lessee.

Ik zie echter geen redenen om in geval van goederenkrediet (daaronder begrepen huurkoop en vormen van eigendomsvoorbehoud en leasing die vallen binnen de reikwijdte van art. 7:84 BW (nieuw)) overwaarde als gevolg van waardeestijging van de op goederenkrediet verkochte zaak aan de koper ten goede te doen laten komen.<sup>31</sup> Het gaat immers om een situatie waarin de koopovereenkomst wordt ontbonden vanwege een toerekenbare tekortkoming van de koper. De ontbinding heeft tot doel om partijen in de toestand te brengen waarin zij verkeerden voordat de overeenkomst tot stand kwam.<sup>32</sup> De koper lijdt geen nadeel doordat hij de overwaarde niet vergoed krijgt: de zaak behoorde nooit tot zijn vermogen. Daarentegen is de verkoper altijd eigenaar gebleven en moet hij naar mijn mening dan ook profiteren van de waardeestijging van de aan hem toebehorende zaak. Daarbij is van belang dat óók de koper daar in veel gevallen van zal profiteren. Is de zaak namelijk in waarde gestegen, dan neemt de verplichting van de koper tot vergoeding van het positief contractsbelang bij ontbinding af, omdat de verkoper minder winst derft. In dat geval krijgt de koper een groter deel van het aanbetaalde terug. Voor een nadere plicht tot vergoeding van een waardeestijging zie ik, buiten het bijzondere geval van art. 6:278 BW, geen ruimte.<sup>33</sup> Dit vloeit voort uit de reguliere ontbindingsregels en het feit dat de verkoper altijd eigenaar is gebleven. De koper wordt door de ontbinding in de positie gebracht waarin hij verkeerde zonder dat de overeenkomst was gesloten. Hij ondervindt geen nadeel van het feit dat de waardeestijging toekomt aan de verkoper. Ik zie niet in waarom hij als gevolg van zijn eigen

wanprestatie een voordeel in de schoot geworpen zou moeten krijgen. Weliswaar wijst de tekst van de bepaling in die richting, maar de wetgever van 1936 had dit soort situaties niet op het oog; het ging slechts om het terugdringen van de gevolgen van de vervalclausule.<sup>34</sup> Ook de huidige wetgever verwijst enkel daarnaar en rept met geen woord over waardeestijging.

## 6 Sale and lease back en waardeestijging

In geval van een *sale and lease back*, waarbij de zaak door de lessee wordt verkocht aan de lessor en vervolgens wordt teruggeleaset, lijkt er op het eerste gezicht meer aanleiding te bestaan voor afdracht van overwaarde als gevolg van waardeestijging aan de lessee. Naar aanleiding van de sanctionering van de *sale and lease back*-constructie door de Hoge Raad in het Sogelease-arrest<sup>35</sup> werd de vraag opgeworpen of overwaarde moest worden verrekend, indien de zaak na ontbinding van de *lease back* meer waard blijkt te zijn dan hetgeen de lessee verschuldigd is.<sup>36</sup> Door Kortmann en Van Hees werd deze vraag bevestigend beantwoord, vanwege de vergelijkbaarheid met de regelingen van pand en hypotheek en het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking en de redelijkheid en billijkheid.<sup>37</sup> Door Vegter wordt de vraag eveneens bevestigend beantwoord, met verwijzing naar de regeling van huurkoop en eigendomsvoorbehoud en op grond van de economische werkelijkheid.<sup>38</sup> Deze behoefte om een dergelijke verplichting aan te nemen is begrijpelijk: anders dan bij huurkoop of eigendomsvoorbehoud behoort de zaak bij een *financial lease back* in economisch opzicht nooit tot het vermogen van de lessor, maar van de lessee. Het zou dan onbevredigend zijn dat overwaarde ten goede komt aan de lessor, ten koste van de lessee en diens schuldeisers. De zaak is oorspronkelijk ook afkomstig uit het vermogen van de lessee en wordt (onder meer) uit zekerheidsoverwegingen overgedragen. In economisch opzicht dringt zich de parallel op met het verbod van toe-eigening (art. 3:235 BW) en de verplichting tot afdracht van overwaarde (art. 3:253 lid 1 BW) bij pandrecht, waaraan Kortmann en Van Hees refereren. Toch geldt ook hier dat geen grondslag bestaat om overwaarde af te dragen. Het ontbreken van een dergelijke verplichting is het gevolg van het feit dat sprake is van een *werkelijke* overdracht, waardoor de lessor als eigenaar

29. Zie Kamerstukken II 1933/34, 431, 3, p. 12 en de concept-MvT, p. 24. Zie ook E.M. Meijers, Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting, Vierde gedeelte (Boek 7), Den Haag Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 878 (toelichting bij art. 7:1.11.17). Opmerkelijk genoeg verwijst de wetgever – in het kader van de wenselijkheid van de uitbreiding van de regel van art. 1576t BW tot andere overeenkomsten van goederenkrediet dan huurkoop – wel naar literatuur waarin de problematiek van waardeestijging aan de orde komt.

30. Anders: L.P.W. van Vliet, Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?, NTBR 2008, p. 330-332, die ten onrechte uit de wetgeschiedenis afleidt dat de wetgever onder alle omstandigheden vermogensvoordeel van de verkoper wilde voorkomen. Aan de problematiek van waardeestijging is immers überhaupt niet gedacht. Veeleer wenste de wetgever een onredelijke benadeling van de huurkoper te voorkomen, namelijk een bevoordeling van de verkoper die ten koste ging van het vermogen van de koper. De tegenstelling die Van Vliet (p. 334-335) signaleert tussen eigendomsvoorbehoud en recht van reclame is dan ook slechts een schijnbare tegenstelling, aangezien hij ten onrechte aanneemt dat bij eigendomsvoorbehoud wél overwaarde vergoed moet worden en bij uitoefening van het recht van reclame niet.

31. Vgl. ook A.F. Salomons, Nogmaals *sale and lease back*: in beginsel geen voordeelsafdracht door de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst, WPNR (1995) 6204, p. 822.

32. Met dien verstande dat art. 6:277 BW een vordering wegens gederfde winst toekent aan de wederpartij van de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd.

33. In gelijke zin Salomons 1995, p. 821.

34. Vgl. T.H.D. Struycken, Afdracht van overwaarde sinds Sogelease, WPNR (1996) 6215, p. 180. Anders: A.F. Salomons, Reactie, WPNR (1996) 6237, p. 654. Anders dan Van Vliet 2008, p. 331 meent, is aan de MvT bij de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken ook geen argument te ontleen. De door hem aangehaalde passage (Kamerstukken II 1972/73, 11277, 6, p. 8) heeft immers betrekking op het geval dat de overeenkomst door bevrediging van de huurverkoper eindigt en heeft niet het oog op de situatie dat sprake is van ontbinding.

35. HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 m.nt. W.M. Kleijn.

36. Zie voor een overzicht Asser/Houben 7-X 2015/75.

37. S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht, NJB 1995, p. 995-996 en S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, Van fiducia-fobie naar fiducia-filie, WPNR (1995) 6187, p. 456. Vgl. ook R.D. Vriesendorp in zijn noot onder het arrest in AA 1995, p. 878 en Van Vliet 2008.

38. J.B. Vegter, Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële *sale-lease back*, WPNR (1995) 6191, p. 556. Vgl. ook H.W. Heyman, De reikwijdte van het fiducia-verbod, WPNR (1994) 6119, p. 10.

de overwaarde toekomt.<sup>39</sup> Een verplichting tot volledige verrekening, waaronder de afdracht van een waardestijging, geeft nog meer zekerheidstrekken aan de *sale and lease back*-transactie dan zij al heeft.

Bij ontbinding van de *lease back*-transactie bestaat er naast restitutie van de aanbetaalde termijnen (art. 6:271 BW) geen ruimte om overwaarde te compenseren. Integendeel, uit het arrest BTL/Van Summeren lijkt veeleer te moeten worden afgeleid dat de overwaardeproblematiek, wat betreft overwaarde die reeds aanwezig is op het moment van het aangaan van de transactie, bij een *sale and lease back*-transactie niet wordt beoordeeld in de fase van 'uitwinning', maar op het moment van 'vestigen', namelijk ten tijde van de overdracht:

'Indien sprake is van een "werkelijke overdracht" in de zin van het Sogelease-arrest, is het gevolg dat BTL eigenaar is van de aan haar overgedragen trekkers en opleggers. Of die trekkers en opleggers meer waard zijn dan de vordering van BTL op de Van Summeren-vennootschappen en of BTL door die overdracht bevoordeeld wordt, doet (...) voor de eigendomsvraag dan niet meer ter zake. Dit betekent echter niet dat het hof in het kader van het onderzoek òf sprake is van een "werkelijke overdracht" geen betekenis zou mogen toekennen aan de waarde van de beweerdelijk overgedragen zaken. Een wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object kan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een "werkelijke overdracht" hebben beoogd.'<sup>40</sup>

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een werkelijke overdracht, dan bestaat er vervolgens geen grondslag meer om een eventueel surplus af te dragen aan de lessee. De lessor heeft immers als werkelijk eigenaar te gelden. Een beding tussen lessor en lessee dat inhoudt dat een overschot moet worden afgedragen, lijkt veeleer tot gevolg te hebben dat van een werkelijke overdracht überhaupt geen sprake is.<sup>41</sup> In het Sogelease-arrest oordeelde de Hoge Raad immers dat 'een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen *onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen*, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op[levert]'.<sup>42</sup>

Ook voor een afdracht op grond van het feit dat de geleasete zaak na de overdracht in waarde is gestegen, bestaat geen ruimte in de werkelijke-eigendomsconstructie. De lessor moet immers worden beschouwd als werkelijk eigenaar. Zoals

Struycken terecht schrijft, kan waarde slechts toevallen aan degene die de waarde toekomt en is een consequentie van het Sogelease-arrest dat de lessor als werkelijk eigenaar heeft te gelden en een eventuele waardestijging dus aan hem toekomt.<sup>43</sup> Men kan de lessor moeilijk enerzijds als werkelijk eigenaar beschouwen, terwijl anderzijds toch een rol zou spelen dat hij de zaak heeft verkregen in het kader van een *sale and lease back*-transactie, op grond waarvan hij gehouden is overwaarde af te dragen.

## 7 Conclusie

Het valt toe te juichen dat de wetgever een volgende stap neemt in de afronding van de codificatie van Boek 7 BW door onder meer de regeling met betrekking tot koop op afbetaling en huurkoop een plaats erin te geven. Het is eveneens toe te juichen dat de wetgever daarbij heeft gekozen voor de vermindering van dwingend recht, omdat het partijen de vrijheid geeft hun rechtsverhouding zo vorm te geven als zij willen. Slechts als er noodzaak is om een van de partijen te beschermen, zoals een consument, zijn de regels van dwingend recht. Het hierboven besproken art. 7:92 BW (nieuw), dat verplicht tot volledige verrekening bij ontbinding, vormt hierop ten onrechte een belangrijke uitzondering, nu het artikel op grond van art. 7:98 BW (nieuw) in alle gevallen dwingendrechtelijk van toepassing is.

Betoogd is dat een dergelijke inbreuk op de partijautonomie in professionele verhoudingen niet aangewezen is, omdat er geen bezwaren bestaan tegen een andersluidende partijafspraken. Tegen negatieve uitwassen kan door middel van andere instrumenten, zoals de matiging ex art. 6:94 BW, worden opgetreden. Daarmee kan op een minder rigide wijze de doelstelling van art. 7:92 BW (nieuw) worden bereikt. Indien partijen niets hebben afgesproken, vloeit uit het gewone verbintenissenrecht reeds voort dat de aanbetaalde termijnen gerestitueerd dienen te worden.

Daarnaast is aandacht besteed aan de vraag of de bepaling haar waarde heeft indien een tussentijdse waardestijging optreedt. Indien art. 7:92 BW (nieuw) inderdaad in alle verhoudingen dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven, lijkt de tekst van de bepaling voor te schrijven dat overwaarde als gevolg van waardestijging moet worden vergoed. Daarmee wordt evenwel een bredere werking gegeven aan de bepaling dan de wetgever oorspronkelijk voorstond. De wetgever wenste slechts de negatieve gevolgen van een vervallbeding terug te dringen en heeft nooit stilgestaan bij de vraag aan wie waardestijging dient toe te komen. Betoogd is dat er geen grond bestaat om een dergelijk voordeel in geval van ontbinding aan de koper of lessee ten goede te laten komen. Toch bevreemdt het dat de wetgever de vraag naar afdracht van overwaarde geheel onbesproken laat, vooral omdat in de memorie van toelichting in iets ander verband naar verschillende publicaties wordt verwezen waarin de kwestie ten aanzien van art. 7A:1576t BW aan de orde komt, zoals een artikel van Struycken, waarin hij welhaast profetisch opmerkt: 'Alleen door de cryp-

39. Salomons 1995, p. 822, Struycken 1996, p. 180 en J.H.A. Lokin, De spagaat van de Hoge Raad, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145.

40. HR 18 november 2005, NJ 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren), r.o. 3.5.2.

41. Salomons 1995, p. 821.

42. HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.4.3 (cursivering toegevoegd).

43. Struycken 1996, p. 657.

tische tekst van art. 7A:1576t ongewijzigd over te nemen, wordt de vraag ontweken.<sup>44</sup> De wetgever doet er in ieder geval goed aan art. 7:98 BW (nieuw) te schrappen.

---

44. Struycken 1996, p. 658.